



HART Y KELSEN:

REGLA DE RECONOCIMIENTO Y NORMA BÁSICA

José Antonio Márquez González

SUMARIO: *Introducción. I. Exposición sumaria de ambas teorías.* Hart: El derecho como unión de reglas primarias y secundarias. Kelsen: La estructura jerárquica de las normas. *II. Comparación en detalle de las dos teorías.* La “regla de reconocimiento” en Hart y la “norma fundamental” en Kelsen. Origen y procedencia de ambas normas supremas. La ‘facticidad’ de la norma básica. La perspectiva sociológica de Hart. Más allá de la norma básica. La controversia en el plano del Derecho Internacional. *Conclusiones. Bibliografía.*

INTRODUCCION

Presentando primero una síntesis global de las teorías de H.L.A. Hart y Hans Kelsen respecto a la teoría general del Derecho, el trabajo que ahora se ofrece procura el establecimiento de ciertas notas afines y distintivas en el punto en que ambos autores sustentan el aspecto clave y esencial de sus respectivas tesis: la *regla de reconocimiento* en Hart y la *norma básica* en Kelsen. Tales nociones, en efecto, soportan la carga teórica más pesada en cada una de las construcciones intentadas para explicar el fenómeno jurídico. Ambas, por igual, se dirigen al desentrañamiento de conceptos basilares en la ciencia del Derecho: la legitimidad y la validez de un sistema determinado de normas.

En este contexto, Hart representa un especial enfoque de características marcadamente sociológicas para la explicación de lo que él denomina “el paso de un mundo prejurídico al mundo jurídico”. Kelsen, por su parte, enfatiza la *pureza del método* para la comprensión de la esencia esclarecedora de un sistema de derecho. Y, como es



de suponer, cada uno de los enfoques transita al aspecto vital de las teorías, porque Hart deposita la idea central de su *regla de reconocimiento* en un fenómeno aparentemente simple de *aceptación* social, mientras que Kelsen reitera la explicación normativa y lógica en el origen y la procedencia de la *norma básica*.

Aquí se ha procurado, en la segunda parte del trabajo, explorar con cierto detalle algunos aspectos relevantes del enfoque hartiano y del punto de vista de Kelsen en tanto se refieren a la caracterización de ambos criterios de supremacía normativa. Como se comprenderá, la naturaleza del trabajo impide el examen exhaustivo de todas las implicaciones que la adopción de semejantes nociones acarrea consigo. Por consiguiente, el análisis se limita a ciertas consideraciones de carácter general que, no obstante, desde el principio plantean serios problemas al jurista acucioso.

Se han rehuído tanto la perspectiva exclusivamente formalista a la manera de Kelsen como el enfoque decididamente sociologista de Hart, porque ninguno de los extremos se han considerado convenientes para situar un punto de vista objetivo que permita la utilización del método comparativo sin restricciones. Esto disculpa que, en principio, el trabajo no se ubique totalmente en el área estrictamente sociológica. A pesar de ello, ha sido necesario dedicar un apartado especial a este rubro por la naturaleza del análisis hartiano. En Kelsen hay una salida análoga, y esto motivó asimismo un tratamiento especial para considerar el posible grado de *facticidad* existente en la *norma básica* a pesar de los cuidados del profesor austríaco.

Como al final se verá, el examen emprendido no concluye en la adopción de una tesis y en el menosprecio de la restante (decisión por lo demás completamente irrelevante). El objetivo se reduce al análisis comparativo con el propósito simple de mostrar los puntos en que resultan convergentes y, asimismo, aquellos en los cuales difieren, destacando siempre el enfoque peculiar adoptado por cada uno y la naturaleza del método empleado. Y es que —después de todo— ambas teorías persiguen un solo e idéntico propósito: la búsqueda de *lo característicamente jurídico*.



I. EXPOSICION SUMARIA DE AMBAS TEORIAS

Hart: El Derecho como unión de reglas primarias y secundarias (1)

De acuerdo con H.L.A. Hart, el derecho puede válidamente concebirse como una estructura de conexión relativamente compleja entre reglas de carácter primario y reglas de carácter secundario. Por tanto, Hart deposita en la idea central de *regla* el punto de partida simple de su teoría. Pero esto es sólo en apariencia, porque la misma idea requiere de ciertas especificaciones y convenciones en manera alguna sencillas. En efecto, alega el profesor de la Universidad de Oxford, aparentemente, no existe problema alguno en afirmar que el derecho consiste, por lo menos en buena parte, en *reglas*. No obstante, ¿qué es lo que se entiende aquí por *reglas*? Porque, evidentemente, hay reglas de muy diverso tipo: reglas de etiqueta y de lenguaje, reglas de juego, reglamentos de club. E, incluso en el ámbito jurídico, es un hecho que existen reglas creadas por vía legislativa y otras que, por el contrario, no son creadas por ningún acto deliberado. Más aún, algunas reglas son obligatorias, en el sentido de que exigen cierto comportamiento; otras, sólo prescriben la realización de determinados actos si se quiere llevar al cabo algún propósito. Existe, pues, una amplia divergencia de opiniones sobre lo que cabe entender con tal denominación.

En consecuencia, Hart se cuida muy bien de precisar que, en su explicación, el derecho puede ser comprendido como una-determinada "fusión de tipos diferentes de reglas", reglas que a continuación se ocupa de examinar en sus variantes porque, para empezar, el concepto es originariamente dual y casi contrapuesto, dada la complejidad

(1) Para los propósitos de esta investigación, las ideas de Hart se encuentran fundamentalmente expuestas en: *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, 2ª. ed., México 1980, cuya edición original, *The concept of Law* (Oxford University Press), se remonta a 1961. Una obra afín es *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, donde se encuentran vertidos sus artículos: *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral, ¿Hay derechos naturales? y Definición y teoría en la ciencia jurídica*. De consulta necesaria es, también, *Una visita a Kelsen*, en "Cuadernos de Crítica del Instituto de Investigaciones Filosóficas", U.N.A.M., México, 1977, donde se expone el resultado de la visita de Hart al jurista vienés en Berkeley, 1961. Otras investigaciones suyas no tienen sino un interés muy marginal con el tema aquí tratado: *Punishment and Responsibility; Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford 1970; *Causation in the Law*, en colaboración con A.M. Honoré, Clarendon Press, Oxford 1978 y *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, London 1971.



del sistema jurídico: una serie de reglas, que el profesor de Oxford llama de “tipo básico o primario”, prescriben en forma inicial la comisión u omisión de ciertas acciones en las que los seres humanos parecen tener, ciertamente, una libertad de elección muy pobre. Este tipo de normas incide en aspectos esenciales y de vital importancia para la vida comunitaria. Por tanto, las personas deben acatarlas lo quieran o no. Ellas implican movimientos o cambios físicos, dice Hart, y son imprescindibles para asegurar la subsistencia de una sociedad, porque obedecen a algunas pocas verdades relativas a la naturaleza humana y al mundo en que vivimos, como la conveniencia de evitar los robos, no hacer uso de la violencia, etc.

Las reglas del segundo tipo, en cambio, actúan sobre las del grupo primario afectándolas radicalmente, ya que pueden modificarlas, extinguirlas e, incluso, hacer nacer otras que las substituyan. Estas reglas, de carácter *secundario* con relación a las primeras, no imponen deberes propiamente, sino que confieren potestades. No prevén actos que simplemente conduzcan a variaciones físicas, sino que, de manera mucho más compleja, se refieren a la creación o modificación de deberes u obligaciones.

Veamos ahora con mayor profundidad el esquema. En el nacimiento de cualquier forma de vida comunitaria, las reglas del primer tipo cobran una importancia esencial. Aunque se trata de una sociedad sin tribunales, sin leyes codificadas y sin legisladores, puede no obstante establecerse que existe cierto número de reglas o normas que significan un atisbo inicial de normatividad que se dirige al establecimiento de un orden precario en dicha sociedad. Su único fin —o, al menos, el más inmediato— reconoce la preservación del núcleo social para asegurar antes su supervivencia que un futuro desarrollo. Este tipo de reglas son consideradas sumamente importantes por el consenso mayoritario de la sociedad, pues, como dice el profesor Hart, “se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se le atribuye algún valor” (2).

El problema con un orden social basado en reglas de estas características resulta ser, en primer lugar, la incertidumbre acerca del alcance de dichas normas, porque ¿cuál se supone que pueda ser la delimitación precisa y exacta de normas de alcance tan general y vasto como, por ejemplo, la que prescribe el respeto a la propiedad ajena? Concomitantemente a este problema, surge también la interrogante respecto a la imposibilidad o dificultad para que las normas de este tipo puedan variar y adaptarse armoniosamente a los requerimientos

(2) *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 108. En lo sucesivo, se empleará la referencia op. cit., precisamente para designar esta obra, fundamental en nuestro análisis.



esencialmente dinámicos de la vida humana. Y ello deriva, como es obvio, del carácter impreciso y difuso de sus límites y alcances. Por último, en ausencia de una representación autoritaria que procurara hacerlas valer ¿quién se ocuparía de decidir acerca de su transgresión cuando hubiere disputas al respecto? Considérese también que una imposición completamente arbitraria y azarosa de las penas puede llegar a causar graves perturbaciones de tipo social.

Hart contempla con maestría toda esta serie de problemas y no vacila en catalogar a una sociedad de este tipo en un nivel *pre-jurídico*. No obstante, él mismo proporciona las *pistas* para que una situación tan irregular y vasta encuentre los cauces de tipo jurídico por los cuales pueda conducirse. He aquí el punto clave de su teoría: todas estas normas primarias pueden integrarse a un contexto de normas de carácter secundario que intentaría entonces otorgar la juridicidad necesaria a las normas elementales y primarias a fin de que adquiriesen un carácter perfeccionado con la consistencia y estabilidad necesarias para asegurar su continuidad. El proceso es gradual y, en opinión del autor inglés, puede analizarse paso a paso considerando que, para el primer defecto apreciable en las normas primarias, puede intentarse la confección de ciertas normas de *reconocimiento* (*rules of recognition*) que estarán en posibilidad de mostrar a los miembros de la comunidad cuestionada cuáles son, con precisión, las normas a las que el consenso mayoritario otorga tal función de preservación y conservación vital a los intereses sociales. Según ha ocurrido en el derecho primitivo, esta regla de reconocimiento puede consistir en su forma más simple en un documento escrito donde se enlisten tales normas, que ahora se instituyen como dotadas de cierta autoridad, precisamente porque al darlas a conocer se resuelven las dudas acerca de su existencia y alcances: “Donde hay ese reconocimiento —afirma Hart— hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación” (3).

Las cosas son, claro, algo distintas en un sistema jurídico más evolucionado. Además de existir un texto legal, hay otro elemento común, que generalmente se identifica con cierta categoría formal, esto es, el haber sido sancionadas por un cuerpo especial, o por su vigencia consuetudinaria o por su relación con precedentes judiciales. A veces, aclara Hart, concurren todos estos elementos, y entonces resulta necesario armonizarlos para evitar enfrentamientos entre ellos. El sistema se estructura y jerarquiza.

Seguidamente, se intentaría establecer otra clase de normas que

(3) Op. cit., p. 118.



procurarían regular la forma específica y concreta en que el primer tipo de reglas deben modificarse y evolucionar para estar siempre acordes a las necesidades sociales. Son *reglas de cambio*. Especifican a cargo de quiénes estará la función de legislar y, por tanto, mantienen una relación íntima y estrecha con las *reglas de reconocimiento* anteriores. Instituyen procedimientos más o menos detallados al efecto.

Por último, la implementación de *normas de adjudicación* resultaría indispensable para remediar la “difusa presión social” ejercida por las normas primarias. Con base en ellas se conferirían determinadas atribuciones o facultades a cierto número de individuos para dictaminar sobre las infracciones o transgresiones que resulten cuestionables. Al propio tiempo, las normas de adjudicación deberán prever cuáles son los requisitos o condiciones para la selección de dichas personas y, asimismo, el procedimiento conforme al cual resolverán el problema planteado.

El esquema anterior es, a grandes rasgos, la manera en que Hart entiende la vinculación de dos grandes tipos de normas para lograr la estructuración jurídica de una sociedad, de modo que, complementada la interrelación entre ambas, se logra lo que él llama el paso de una sociedad “en un estado pre-jurídico” a un estado de características marcadamente jurídicas.

Según esto, los fundamentos del derecho se encontrarían precisamente en la aceptación y utilización de una “regla de reconocimiento” que identifique las reglas primarias de obligación existentes en toda comunidad humana: “En esta situación, mejor que en ninguna otra, se puede decir que se dan los fundamentos de un sistema jurídico”, afirma Hart.

Por tanto, veamos ahora con mayor profundidad cómo funciona a grandes rasgos esta “regla de reconocimiento”. Ha quedado claro ya que, dondequiera que tal norma se implemente, tanto los ciudadanos particulares como los funcionarios del gobierno disponen de criterios con autoridad para el establecimiento de las reglas primarias. En una sociedad moderna, el asunto es relativamente complejo, porque estos criterios para identificar el derecho son, por lo común, múltiples, si bien rigurosamente estructurados. Como dice Hart, hay un orden de subordinación y primacía relativas. La “regla de reconocimiento” puede expresarse aquí, entonces, en el criterio que recurre a una constitución escrita, a la sanción por una legislatura, a los precedentes judiciales (*common Law*), o a la costumbre. Es importante precisar que aunque estos dos últimos tengan conforme a la ley un lugar subordinado en los sistemas modernos, lo que les otorga el carácter de derecho no es tanto el ejercicio de la potestad legis-



lativa (es decir, el criterio de autoridad del funcionario del gobierno, del legislador) como la práctica general (por el ciudadano común) de identificar algunas reglas mediante dichos criterios.

¿Y cómo se expresa —literalmente— una semejante regla? Al efecto, según Hart, es preciso distinguir dos sentidos distintos en que tal norma puede ser enunciada. El primero sería un punto de vista interno, manifestado por quien, aceptando la existencia de tal “regla de reconocimiento” y, de manera tácita, su vigencia fáctica, dice simplemente: “It is the law that...” (“El derecho dispone que ...”). En virtud de ello, reconoce como válida alguna específica regla del sistema. El segundo sentido es un punto de vista externo. Este se reconoce en la expresión de un observador que, sin involucrarse en la aceptación de la regla cuestionada, afirma sencillamente el hecho de que otros la aceptan: “En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento” (4).

La formulación de la “regla de reconocimiento” está pues en el centro mismo de todo sistema jurídico, porque ella conduce luego con relativa facilidad al desarrollo de reglas que sólo deben precisar los cambios y la aplicación de las normas primarias. Pero el contexto global sólo se expresa en la unión compleja de todas las normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación con las normas primarias de obligación. El profesor inglés confía en que la comprensión de tal conexión y el desentrañamiento de los problemas que dicha unión plantea, puede aportar “una herramienta poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política”.

Kelsen: la estructura jerárquica de las normas (5)

Cuando, por otra parte, el profesor vienés Hans Kelsen hace con-

(4) Op. cit., p. 128.

(5) La obra capital para el estudio de la teoría kelseniana a los fines de este trabajo es, desde luego, *La Teoría pura del Derecho*, Editora Nacional, 2ª ed., México 1981. Inicialmente publicada en 1934 (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig und Wien), tal edición sufrió modificaciones importantes en 1944, según sabemos por el propio autor, todas ellas substancialmente dirigidas a presentar un esquema teórico que comprendiera también a los sistemas de derecho inglés y norteamericano. Otra clave es, asimismo, la *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, U.N.A.M., México 1979. Otros estudios de Kelsen en algún aspecto vinculados a este tema son: *La Teoría pura del Derecho* y *La Jurisprudencia analítica, Los juicios de valor en la ciencia del derecho* y *La Idea del Derecho Natural*, todos comprendidos en un solo volumen bajo este último título, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.



sistir la clave de la jurisprudencia o el punto álgido de la ciencia del derecho en lo que él denomina "la norma fundamental" (*Grundnorm*), está partiendo, como veremos, de bases muy distintas a las del sistema creado por el profesor Hart. Kelsen considera que cualquier sistema de derecho es un todo unificado en el que sus normas se encuentran en estrecha relación entre sí, jerarquizadas de tal modo que se establecen relaciones de supraordinación y subordinación. En este contexto, que Kelsen refiere en forma exclusiva al derecho objetivo y positivo, la validez de todas y cada una de las normas está referida en forma última a una norma fundamental, que resulta ser la culminación y el término de la pirámide. Esta norma les confiere el principio supremo de validez, que no es posible encontrar en ninguna otra norma en todo el sistema, ya que la explicación última y trascendental siempre se remontará en forma sucesiva a la que se encuentra situada inmediatamente por encima de ellas. En la vía inversa, la Constitución (en sentido lógico-jurídico, como hipótesis de trabajo) representa pues la norma fundamental, aquella que otorga la unidad y "plenitud" a todo el sistema jurídico. Esta es la última gradación de la pirámide y sobre ella no es posible encontrar punto alguno al cual remontarse, porque la explicación de la positividad del derecho se agota en su contenido. En este supuesto, la función de la Constitución (ahora en sentido jurídico-positivo) se dirige a la regulación de los órganos y del procedimiento de la producción jurídica en total, esto es, de los diversos cuerpos de leyes que conforman un derecho positivo. En forma inmediata, esta misma legislación constituye el escalón posterior, siempre que se encuentre de conformidad con la norma suprema y fundamental.

El proceso será continuado con la jurisdicción, que representará en este contexto la individualización de la norma de derecho. Conviene precisar aquí que Kelsen refuta, de paso, la concepción tradicional del término jurisdicción en el sentido de "declarar o decir el derecho", ya que para él tiene el sentido de constitución y producción jurídica, en realidad. Así, "la sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica de lo general a lo individual".

Después, la administración, al igual que la jurisdicción, representa una forma de individualización y especificidad de las leyes, en este caso de carácter administrativo. A continuación se encuentra la figura del negocio jurídico, que practica una función individualizada respecto de la situación condicionante establecida y prevista en la norma jurídica abstracta. Estese encuentra en una situación paralela —en la estructura kelseniana— a la de la función administrativa,



sólo que en ámbitos reservados a la acción de los particulares, como es el caso del derecho civil. Finalmente, es posible encontrar en la base de la pirámide la realización y actualización del acto coactivo que merece la transgresión de la norma. En opinión del jurista vienés, aquí se cierra y completa la estructura piramidal del proceso de producción jurídica que tiene sus orígenes en el seno de la constitución primigenia.

En los extremos, puede apreciarse con facilidad que Kelsen transita de una posición puramente normativa a otra de carácter evidentemente fáctico, de ejecución. No obstante, en todo el proceso derivativo es posible observar que el acto subsiguiente representa precisamente la ejecución del que le precede. Así, “el primer acto constituyente —el más elevado de la producción jurídica— se presenta como ejecución de la norma fundamental; la legislación, que es producción de normas generales, como ejecución de la Constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, por medio de los cuales se establecen las normas individuales, como ejecución de la ley; la realización del acto coactivo, por último, como ejecución de las órdenes administrativas y sentencias judiciales”.

Detengámonos ahora en la estructura y función de la norma fundamental kelseniana. El jurista vienés precisa con claros ejemplos que, cuando decimos en lenguaje común “no debes matar, porque Dios lo ha prohibido en uno de sus Diez Mandamientos” o “debes ir a la escuela porque tu padre lo ha ordenado”, con frecuencia justificamos tales normas con referencia a un hecho (“Dios lo ha prohibido”, “tu padre lo ordenó”). Sin embargo, es claro que ésta no es la razón última de validez de semejantes asertos. En realidad, apelamos a otras normas que se expresan mejor diciendo “se deben obedecer los mandamientos divinos” y “se debe obedecer a los padres”. En efecto, “El hecho de que alguien ordene algo —continúa Kelsen— no es, por sí mismo, fundamento de la afirmación de que se debe proceder de acuerdo con el mandato, o fundamento para considerar a éste como norma válida, ni tampoco razón de validez de la norma cuyo contenido corresponde al mandato. La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho”.

Pero la cadena, si la hay, se interrumpe en la norma cuya validez ya no puede derivarse de otra superior. Esta norma es la que se llama *fundamental* o *básica*, según se expuso al principio de esta reseña. Cuando todo un conjunto de normas puede ser referido a una sola fundamental, ésta última tiene entonces la función de integrarlas en un sistema, porque ella es el vínculo entre todas.

Algunos sistemas consisten en normas que derivan de otras intrínsecamente válidas o evidentes por sí mismas. Trátase, por ejem-



plo, de los preceptos de la moral o de la ética, que en este sentido son sistemas estáticos. El derecho, por el contrario, contiene normas que no valen precisamente en virtud de su contenido o por un atributo intrínseco, sino porque, sencillamente, han sido dictadas con arreglo a un cierto procedimiento que tiene un carácter absolutamente dinámico y formal, porque, como ya se ha visto, se remonta por estructuras escalonadas a una instancia siempre superior en un contexto de producción derivativa formal, es decir, según un método específico.

En la cúspide, la teoría pura del derecho opera con esta norma fundamental desde un punto de vista hipotético. Se dice, en efecto, que vale. No como norma de derecho positivo, ya que ella, lógicamente, no es de ninguna manera producida según el sistema. Vale como condición operativa de análisis, como método de estudio del jurista interesado en una visión exclusivamente positivista y empírica del material jurídico.

Su formulación literal puede expresarse aproximadamente en los siguientes términos: "Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación". O, más breve, como dice Cossío: "Hay que obedecer al legislador originario".

Esto es una norma, afirma Kelsen, porque es la respuesta a la cuestión de por qué debemos comportarnos como la Constitución lo prescribe. Es, además, única, porque constituye una razón última para la solución del problema. Sobre ella no puede erigirse ninguna norma superior para explicarla.

Si el jurista interesado en el examen de un determinado derecho positivo no utilizara tal norma fundamental como hipótesis de trabajo, ningún acto de conducta humana, afirma Kelsen, podría tener la significación objetiva de un acto jurídico, es decir, de un acto por el cual se crea o se aplica una norma de derecho. Y, por lo tanto, no habría manera de caracterizar el campo de trabajo.

En consecuencia, la norma básica es una condición supuesta e hipotética —de estructura rigurosamente lógica— para la procedencia del análisis jurídica. Su función metodológica consiste en otorgar entonces la pureza procedimental necesaria en todo estudio estrictamente científico, que desdeña en consecuencia implicaciones de orden moral, religioso, político, sociológico, etc.

Esta es, en esencia, la explicación de Kelsen para la estructura y el funcionamiento del derecho. El jurista vienés opina que esta perspectiva precisa y limita a sus exactos contornos a la ciencia del derecho y que, asimismo, le permite librarse de injerencias extrañas que afectan su esencia y contenido. Hay otra utilidad según el maestro europeo: determina la unidad y substancialidad de la pluralidad de



normas jurídicas haciéndolas derivar de un punto básico y único, que les confiere determinadas características y permite conceptualizarlas como pertenecientes a un sistema de derecho y no a otro. Ello puede representar, de una manera esquemática y sucinta, la pretensión y el alcance de su teoría.

II. COMPARACION EN DETALLE DE LAS DOS TEORIAS

La "regla de reconocimiento" en Hart y la "norma fundamental" de Kelsen

Ahora conviene que precisemos con cierto detalle algunos aspectos importantes del enfoque hartiano de la "regla de reconocimiento" en estrecha vinculación, esta vez, con la "norma fundamental" del profesor austríaco.

Como ya se sabe, ambas nociones representan el punto fundamental y la cúspide, al propio tiempo, de cada una de las explicaciones teóricas de dichos autores. Así, la "regla de reconocimiento" propuesta por H.L.A. Hart para la identificación incontrovertible y precisa de un sistema de derecho suministra el criterio de autoridad necesario para la eventual aceptación y —digámoslo así— *sumisión* de los gobernados al conjunto de normas que se dirigen a la regulación de su vida societaria. Pero esto requiere que nos detengamos aquí un momento, porque el concepto *aceptación* en el repertorio terminológico de Hart suscita profundas y serias implicaciones. Se recordará que dicho autor dedica una gran parte de su libro *El Concepto de Derecho* a la erección de la crítica contra la teoría *imperativa* de Austin. Con ello consigue, en efecto, poner de manifiesto que las líneas principales y básicas de dicha explicación resultan simplistas para la caracterización de los elementos esenciales del derecho.

Hart enfatiza que precisamente la ausencia del análisis normativo en la teoría austiniana representa el defecto vital en dicho intento. Porque, efectivamente, se reduce a la descripción de un sistema en el cual la población se somete por un mero *hábito de obediencia* a las órdenes del soberano, las cuales, de ser violadas o infringidas, suponen la intervención de un elemento sancionatorio. Por el contrario, el profesor de Oxford destaca la presencia psicológica de la *aceptación*, que diluye en dos aspectos igualmente fundamentales: la recepción pasiva de los gobernados y su conformidad para la imposición de dichas reglas por un lado, y la recepción por parte de los



funcionarios del sistema por el otro, quienes por su parte no sólo deben mostrar su conformidad respecto al acatamiento de las mismas, sino también sobre los criterios que las determinaron, logrando con ello la expresión de un rango de legitimidad y validez para dichas normas dentro del sistema (6). Esta es, ciertamente, una distinción de importancia capital y que, asimismo, finca la diferencia con la teoría de Austin respecto a la imposición de la regla de derecho.

Pero hay aquí una consecuencia más importante cuando Hart afirma que esta aceptación —sea del tipo que fuere— enuncia en forma implícita que una determinada regla es válida. Al hacerlo, se presupone en realidad que ella satisface los requisitos necesarios establecidos precisamente en la regla de reconocimiento. Se dice, por tanto, que se trata de una regla del sistema. Así, “La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante... una regla última; y cuando, como es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo” (7). Probablemente no hace falta dirigir la atención a la analogía inmediata de este razonamiento con el enunciado kelseniano de la norma básica, pero sí conviene que aceptada en principio la comparación, se determinen los rasgos esenciales en que resultan coincidentes.

Kelsen, en efecto, ha precisado que “A la norma cuya validez no puede derivar de otra la llamamos *fundamental*. Todas las normas cu-

(6) Op. cit., p. 145.

(7) Op. cit., p. 132. Aunque Hart sea bastante claro en muchos puntos respecto a esta “regla de reconocimiento”, no ha podido evitar, sin embargo, conducirse con cierta oscuridad en algunos pasajes que representan aspectos esenciales de su teoría, como, por ejemplo, el grado de aceptación que la comunidad a quien va dirigida la regla muestre hacia ella, esto es, la posibilidad de que la aceptación social que eventualmente reciba tal norma acuse grados distintos (se trata algo sobre este punto en la perspectiva sociológica de Hart, *infra*). Un compatriota suyo, HACKER (*Hart's Philosophy of Law*, en “Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart”, Clarendon Press, Oxford, Oxford 1977, pp. 1-25) no deja de advertir tal oscuridad: *Hart's conception of a rule of recognition has occasioned much puzzlement, for his analysis is incomplete and often obscure*. Hacker llega incluso a sugerir la posibilidad de que existen varias reglas de reconocimiento, en virtud de la pluralidad de órganos judiciales y cuasi-judiciales, así como la diversidad de materias legales, mencionando incluso un pasaje del propio Hart en la edición original donde este habla de “*a legal system's rules of recognition*”. El punto es de graves consecuencias, porque es obvio que una tal interpretación destruye en su base el argumento hartiano. Por caminos muy cercanos a la discutible aceptación uniforme de las normas de derecho y a la pluralidad de razones o criterios de identificación que pueden esgrimirse, discurre el argumento crítico de Ronald DWORKIN (*Taking rights seriously*, London-Duckworth, 1978, fundamentalmente en los capítulos II (*Is Law a System of Rules?*) y III. Precisamente sucesor de Hart en la cátedra de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford, Dworkin cree que, en realidad, la práctica o aceptación social no es tanto constitutiva de la regla como *justificativa* de la misma. En su idea, la práctica social origina expectativas que entonces constituyen un buen terreno para afirmar con efectividad la conducta prevista.



ya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden” (8).

Puede apreciarse en forma clara, en primer lugar, que Hart se acerca estrechamente a la concepción de Kelsen en tanto entiende que un criterio de validez jurídica semejante sea supremo si las normas que se identifican en función de él se hacen pertenecer a un sistema determinado y no a otro. Porque, para el jurista vienés, tal es el punto de referencia inequívoco para elucidar la pertenencia de una norma cualquiera a un sistema concreto de derecho. Y la similitud llega a la evidencia, por cierto, cuando Hart ejemplifica su aserto en un pasaje que intenta esclarecer la jerarquía y distribución relativa de las normas que integran el sistema, cuestionando la validez de una pretendida ordenanza del *Country Council de Oxfordshire* hasta acceder a un punto donde las investigaciones se detienen: “... hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas” (9).

Con el conocido ejemplo de la privación de la libertad de un sujeto, Kelsen inquiere a su modo sobre la validez de la norma en que se apoyó tal acto, preguntándose de donde proviene su legitimidad. Kelsen, no obstante, llega al límite máximo del problema, porque aborda la cuestión de lo que existe más allá de la Constitución, considerada ésta en un sentido jurídico-positivo. De modo que se remonta a una constitución más antigua “... y así por último a la primera constitución histórica que fue promulgada por algún usurpador o por un colegio constituido en la forma que fuera”. Concluye afirmando que “... ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya” (10).

El punto cobra aquí relieves importantes y, si se quiere evitar una comparación superficial, preciso es discurrir de manera un poco

(8) KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pp. 130 y 131. Como en el caso de Hart, la *norma básica* de Kelsen no se encuentra tampoco al margen de graves dudas y profundas discusiones. Julius Stone escribió un artículo denominado *Mystery and Mystique in the Basic Norm*, “*Modern Law Review*”, n° 34, 1963. Hart mismo tacha de “equivoca y oscura” la construcción de Kelsen en este punto (op. cit., pp. 134, 135 y 311). Véase más adelante la nota 30, donde se abunda en el problema.

(9) Pág. 133.

(10) *Teoría Pura...*, op. cit., p. 98.



más profunda en la explicación kelseniana: con frecuencia se ha entendido que esta constitución a la que Kelsen alude es la norma básica, y de este modo se pretende fundamentar en ella la estructura jerárquica de las normas en el sistema. Pero el autor distingue entre la constitución en sentido jurídico-positivo y la constitución en sentido lógico-jurídico o lógico-trascendental. De acuerdo a esta dualidad, la primera refiérase al tipo de constitución de un sistema de derecho positivo determinado. Como tal, es parte del derecho y se encuentra, por ende, incluida en el sistema. Es, en suma, una norma de derecho positivo: un "... cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de esas normas" (11). También regula la creación de normas jurídicas de carácter general (12).

La constitución en sentido lógico-jurídico, por otro lado, no forma parte del derecho positivo. Ella es una mera abstracción que conserva un fundamento hipotético. Por consiguiente, no vale como norma jurídica positiva. Y esto, incluso, porque en ningún momento fue producida por el legislador: éste sólo puede alcanzar la regulación de la constitución en sentido jurídico-positivo (13).

Origen y procedencia de ambas normas supremas

Como salta a la vista, Hart no se interesa por el análisis de la procedencia normativa o social de la "regla de reconocimiento" en el sentido y con el enfoque del análisis kelseniano. No obstante, para empezar, conviene en que el cuestionamiento acerca de su origen es asunto muy distinto a la respuesta que en un evento semejante se concede a la pregunta sobre el origen de las normas derivadas precisamente de esta regla de reconocimiento.

Consideremos ahora el punto de vista hartiano recordando, en primer lugar, el ejemplo que el autor inglés consigna para clarificar el remedio que la regla de reconocimiento aporta a un sistema pre-jurídico abrumado por la falta de certeza en su régimen: "En Roma —dice— según la tradición, las XII Tablas fueron expuestas en plan-

(11) *Teoría General...*, op. cit., p. 147.

(12) Kelsen distingue además, en la constitución en sentido jurídico-positivo, un aspecto formal y otro material. Para nuestros propósitos, la distinción se muestra irrelevante. Cfr. *Teoría Pura...*, pp. 146 y 147.

(13) El análisis respecto a la transmutación de la norma básica como resultado de un movimiento revolucionario es particularmente interesante. Kelsen lo examina al dilucidar el contenido de esta norma fundamental en *Teoría Pura...*, pp. 100 y ss.



chas de bronce, en el mercado, como respuesta al pedido de los plebeyos de que se publicara un texto oficial, o con autoridad, del derecho” (14). Ahora bien, la regla de reconocimiento que presta autoridad y validez a normas primarias como las del ejemplo de las XII Tablas romanas no se encuentra sujeta, en la opinión de Hart, a interpretaciones de carácter tan equívoca y oscuro (15) como la norma básica de Kelsen. Hart, de hecho, elude la cuestión, porque afirma que “no puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se le acepta como adecuada para ser usada de esta manera” (16). El fundamento aquí resulta ser, como puede apreciarse, la simple voluntad mayoritaria respecto a su aceptación. Para Hart es un hecho bien simple, que elude la asistencia de recursos externos como la admisión de su validez sin que este aserto pueda ser demostrable. Explicación simplista que, no obstante —y si no quiere correrse el riesgo de considerarla falsa—, debe contemplarse en estrecha conexión con el fenómeno de *aceptación* oficial y particular al que ya aludíamos en líneas anteriores.

Además, continúa Hart, si nosotros diéramos sencillamente *por admitida* la validez de esta última regla de reconocimiento, ocluiríamos el carácter esencialmente fáctico que se encuentra inmerso en la aceptación cotidiana por parte de jueces, funcionarios y particulares (17). Esta es, decididamente, una cuestión sumamente compleja que no puede explicarse en modo alguno aceptando la abstracta afirmación de una validez conceptual e hipotética.

También debe recordarse que la tesis del profesor de Oxford se sujeta siempre a una aceptación que, si bien es un fenómeno psicológico, se regula en forma externa por la conformidad de las reglas jurídicas a las pautas y criterios preestablecidos que suministra y exige la regla de reconocimiento primigenia. De manera que si los gobernados reconocen la existencia de la regla de derecho, es porque se ha su-

(14) Op. cit., p. 310 (nota). “Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella (la regla de reconocimiento) puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad” (*Idem*, p. 117). No obstante, lo básico en todo este asunto resulta ser, más que la expresión material y pública de dichas reglas, el reconocimiento de la autoridad con que se encuentran investidas. Ello se hace patente en regímenes más evolucionados, cuando la identificación se logra por la referencia a una característica general poseída por las reglas primarias prescindiendo de la referencia simple a una lista o texto.

(15) Op. cit., pp. 134 y 135. Al respecto, hemos referido ya las opiniones contrarias de Hacker y Dworkin (nota nº 7).

(16) Op. cit., p. 135.

(17) Loc. cit.,



puesto un examen y análisis previo, riguroso, que decide la inclusión de la norma particular a un esquema integral y complejo de cierto tipo de normas, que se encuentran todas ellas en una conformidad rígida y estricta con una regla de reconocimiento que en tal sentido les previene y les otorga, por ende, legitimidad y validez. Se dice entonces —y ésta es una afirmación incluso de carácter popular— que la norma existe, que se encuentra allí, y que la misma es válida. En una palabra, se la acepta. Esta es, creemos, la interpretación de la explicación hartiana cuando se afirma, en forma sencilla, que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho (18).

De todo lo cual se desprende, en forma clara, la acusada diferencia de enfoques para el intento de establecer la procedencia de la norma básica de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart. En el primero se evidencia pues un análisis conceptual y abstracto, que supone un razonamiento lógico trascendental que se deriva al terreno histórico, mientras que en Hart se observa una interpretación rigurosamente fáctica que se aleja ostensiblemente de explicaciones de carácter conceptual y finca el punto álgido en una mera práctica de *aceptación* continua y constante que ha supuesto un análisis previo de su conformidad con ciertas pautas establecidas con antelación. Por otra parte, Hart excluye en forma radical la concepción de esta regla última y suprema en un plano exterior y alejado de las vicisitudes del sistema de derecho positivo al que fundamentan en su legitimidad y validez. Por el contrario, incluye a esta propia regla de reconocimiento, si no como una norma vigente más, sí como una muestra obvia y necesaria de facticidad en todo régimen de derecho. En este punto su presencia es indispensable porque la aceptación por parte de funcionarios y particulares, en el esquema hartiano, es parte vital de la implementación de cualquier régimen normativo que pretenda alcanzar el rango de legitimidad necesario para erigirse en un sistema de derecho.

Kelsen, a su vez, desplaza y remonta la explicación finalística y suprema de la norma básica a un contexto superior y ajeno, desprovisto de toda facticidad, que no integra el derecho en el sentido que normalmente se le atribuye a una regla vigente y positiva. Sustenta la norma básica, por decirlo así, en una *torre de marfil* inaccesible a no ser por la transmutación radical y extrema del régimen de derecho. Ella sólo emite dictados y criterios a los que se ajustan las normas de las estructuras inferiores, pero nunca se cuestiona a sí misma salvo por la emergencia abrupta del cambio político o revo-

(18) Op. cit., p. 137.



lucionario.

La 'facticidad' de la norma básica

Pero es precisamente en este último punto donde puede alegarse, sin embargo, cierto grado de *facticidad* en la estructuración de la norma básica. Así, se afirma por Kelsen que en el momento preciso de la producción originaria de esta norma concurren una serie de circunstancias sociales históricas que determinan su orientación en uno u otro sentido, de modo que los acontecimientos de carácter físico, social e histórico, influyen en forma inobjetable y, de esta forma, rígidamente causal (19), en la producción inmediatamente subsecuente de las instituciones y figuras jurídicas. Que esto significa, en realidad, la expresión concreta de un trasfondo más en la propia norma suprema y fundamental es evidente, y aquí puede parecer claro que Kelsen detiene su construcción jurídica en un punto en el cual no puede considerarse culminada aún. Porque, en efecto, puede creerse que el jurista vienés rehuye el enfrentamiento de la cuestión. Empero, sólo un análisis a fondo del pasaje en que se ocupa de las relaciones entre la validez y la eficacia del orden jurídico, subrayando la trascendencia de la dualidad Derecho y Poder, puede resultar oportuno para dilucidar en definitiva la cuestión (20). Así Kelsen destaca el hecho de que, llegado el caso de un movimiento revolucionario, el cambio de la norma básica en tal sentido estará profundamente condicionado al comportamiento congruente de la población en tanto regule su conducta precisamente de acuerdo con el nuevo orden violentamente impuesto. Adquirida de esta forma su eficacia y, por ende, la condición inobjetable de válida, la norma básica cobrará otro sentido distinto o francamente contrario al anterior. Pero Kelsen, no obstante, se cuida mucho de precisar que la eficacia del orden jurídico es solamente la condición, pero no la razón de validez de las normas que lo constituyen, ya que estas son creadas en forma constitucional.

En forma mucho más clara, Kelsen refiere que "Si se pregunta por aquello de que depende el contenido de la norma básica que da fundamento a un orden jurídico determinado, he aquí lo que mues-

(19) Al respecto, COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona 1976, p. 293, que critica el hecho de que "La independencia respecto de la determinación causal no se consigue sino aparentemente, puesto que en la cabeza de todo el sistema normativo se encuentra la norma hipotética fundamental, la cual convierte el poder social efectivamente existente en un poder jurídico". Asimismo LATORRE, Angel, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona 1976, p. 144, quien opina que Kelsen reintroduce en el único peldaño de su esquema jurídico "un elemento de hecho para asegurar la inesquívale concordancia entre el orden jurídico y la realidad, entre el ser y el deber ser".

(20) *Teoría Pura...*, pp. 103 y ss.; *Teoría General...*, pp. 139 y ss.



tra un análisis que examina los juicios jurídicos en su último supuesto: ese contenido se rige por la situación de hecho en que es producido aquel orden al que corresponde, hasta un cierto grado, la conducta efectiva de los hombres a que el orden se refiere” (21). La afirmación anterior también le conduce a decir que un orden normativo llega a perder su validez cuando la realidad de los acontecimientos no se muestra acorde con aquel, hasta cierto grado. Kelsen designa a todo esto “la tensión entre el deber ser y el ser”.

De modo, pues, que aun en la *Teoría Pura del Derecho* existe al menos cierto grado de facticidad y correspondencia forzosa con la realidad histórica... Esto constituye, en efecto, un punto de comparación evidente con la tesis hartiana respecto a la *aceptación* social de la regla de derecho en tanto se corresponda con la regla de reconocimiento establecida en forma previa. Porque, de hecho, a tal se llega con la afirmación kelseniana de que el contenido de la norma básica debe corresponderse con la situación de hecho producto, a su vez, de la conducta efectiva de los gobernados. Pero entiéndase que la cuestión no es simple: tampoco deben identificarse validez y eficacia en términos de una absoluta correspondencia e interrelación. Kelsen vuelve aquí a insistir en su separación entre el *ser* y el *deber ser* identificando lógicamente al primero con la realidad o eficacia y al segundo con el derecho y la validez del mismo. De este modo, el *ser* puede coincidir o no con el *deber ser*, pero nunca llegar a ser lo mismo, porque se trata de dos reinos diferentes (22). Es en este punto donde Kelsen se ve obligado a desplazar la controversia *validez-eficacia* al campo también dual de *Derecho y poder*: “... y entonces, la solución aquí intentada es sólo la formulación científicamente exacta de la antigua verdad: que el Derecho no puede existir sin el Poder, no obstante lo cual no es idéntico al Poder. En el sentido de la teoría aquí desenvuelta, el Derecho es un orden determinado (u organización) del Poder” (23).

(21) *Teoría Pura* ..., p. 102.

(22) Como se sabe, este es uno de los jirones claves y fundamentales en el pensamiento kelseniano, que de ningún modo es nuestra intención analizar aquí. En forma marginal, conviene aclarar que es asimismo uno de los puntos más controvertidos y álgidos en su tesis. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1980, p. 95, llega al extremo de decir que “La objeción más importante que tiene que soportar la *teoría pura del Derecho* es la de que Kelsen no es capaz de mantener constantemente la *completa disparidad entre ser y deber ser*, de la que parte”. CALSAMIGLIA (*Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona 1978, pp. 163 y 164) comenta la posición de Larenz en una obra cuyo enfoque total parece dirigirse precisamente al análisis de la metodología kelseniana caracterizada por la separación absoluta entre ambos conceptos (*el dogma de la separación*). COING (op. cit., p. 293) tampoco está de acuerdo con esta dualidad, arguyendo que el concepto del *ser* es estrecho y que las normas también son ser —ser ideal—.

(23) *Teoría Pura*..., p. 104.



La perspectiva sociológica de Hart

En Hart sí que todo el asunto se resuelve en una mera cuestión empírica, y ello abarca tanto lo concerniente a la génesis y procedencia de la norma de reconocimiento como lo que atañe también a su contenido. Porque, como ahora resulta claro, éste se resuelve no en una concepción teórica de supuestos hipotéticos, sino en un claro enunciado de conformidad y consenso que expresa una práctica real y definida en el contexto social al que se dirige el esquema cuestionado.

El contenido de la norma básica kelseniana acostumbra formularse, en la concepción del jurista vienés, bajo la expresión literal de que “los actos coactivos tienen que ser realizados sólo en las condiciones y en la forma determinadas por los *padres* de la Constitución y los órganos delegados por ellos” (24). A Hart todo esto le parece innecesario, porque es “una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la Constitución (o quienes la establecieron) ha de ser obedecida” (25). Esto es bien claro a la luz de su tesis y hay que reconocer en esto una buena medida de congruencia del jurista inglés porque, si el pueblo ha aceptado ya —y tiene por norma reconocida, legítima y válida— a una determinada regla de derecho, ¿qué necesidad existe de remontar nuevamente la explicación del fenómeno a otra norma? Sencillamente, la regla ya es aceptada y este es el hecho, evidente y fáctico, que Hart acoge en su explicación.

Es claro, por otra parte, que el grado de aceptación que un pueblo determinado pueda efectivamente conceder a las normas del sistema de derecho en el modelo teórico de Hart suscita serias y profundas reflexiones. El profesor de Oxford parece hacer creer, a lo largo de su exposición, que las expectativas y esperanzas del ciudadano común no se ven frustradas con la imposición de la norma, y que lo único que resta hacer es simplemente esperar a que manifieste su conformidad con la misma. Como se puede apreciar, la relación de esta idea con la eficacia normativa del derecho es estrecha y, además, vital. Si el ciudadano común, en forma individual, no acepta o rechaza expresamente la vigencia de la norma, es seguro que dicho repudio no afectará en forma alguna al sistema; pero si se trata de la inmensa mayoría de la población, seguramente cabe esperar que sur-

(24) *Teoría General...*, p. 135, *Teoría Pura...*, p. 98. En el Derecho Internacional, Kelsen recurre a la regla *pacta sunt servanda* y, en forma más precisa, a la norma: “Los estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo” (*Teoría General...*, p. 440, *Teoría Pura...*, p. 170). También, “la costumbre constituida por la conducta recíproca de los Estados” (*Teoría Pura...*, p. 172).

(25) *Op. cit.*, p. 311.



jan serias dificultades para el régimen de gobierno. Hart elude el problema y no provoca la discusión al respecto, pero, como quiera, el planteamiento es frágil y endeble (26).

¿No puede pensarse asimismo que esta explicación de Hart desvía el punto de vista estrictamente jurídico en favor de una perspectiva sociológica que tampoco se encuentra claramente definida? Debe destacarse, por otra parte, el hecho de que Kelsen se precia mucho del enfoque disciplinario y puro de su teoría y Hart, en este supuesto, parece acoger una concepción diametralmente opuesta a la del profesor vienés. En efecto, porque Hart alimenta su esquema jurídico con aportes sociológicos que Kelsen desdeña en aras de la cientificidad y pureza del método empleado (27). Y como lo poníamos de manifiesto en la crítica anterior, Hart tampoco presta una atención especial a su perspectiva sociológica, la cual deja evidenciar una laguna enorme que cualquier otro autor interesado en el enfoque social de su tesis, en las mismas condiciones, se apresuraría a apuntalar. Hart mantiene, de acuerdo a esto, una posición dual y no claramente definida en la estructuración disciplinaria de su tesis. No obstante, es precisamente este juego jurídico-sociológico quizá el que confiere un atractivo tan especial a su esquema, basado justamente en un sistema de normas originalmente de características puramente sociológicas que trascienden y derivan a un contexto jurídico bajo el sustento de una *aceptación* fáctica y empírica.

Más allá de la norma básica

Ahora debemos volver al punto en el cual nos interrogábamos por la posibilidad de que la noción de *norma básica*, entendida ya en una relación compleja con la eficacia, y en un contexto de significación fáctica, amenazaba con erigirse en un *trasfondo* más de la propia norma suprema y fundamental (28). ¿Resulta, entonces, que la norma básica busca la explicación de sí misma en el acontecer social e histórico? No, por cierto, y Kelsen se muestra enfático negando tal posibilidad. Aceptar, en efecto, que la validez de un orden jurídico depende de su eficacia (29) no significa remontar a este campo la cuestión

(26) FULLER (Lon. L., *The Morality of Law*, New Haven and London, Yale University Press, 1978, pp. 133-145) parece dirigir su ataque a este punto, pero FINCH (John, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Labor Universitaria, Manuales, Barcelona 1977, pp. 137 y ss.) refuta el aserto.

(27) Lo que tampoco, claro, se encuentra libre de críticas. En este sentido, A. LATO-
RRE, op. cit., p. 144.

(28) *Supra*, "La facticidad de la norma básica".

(29) *Teoría General...*, p. 142.



acerca de la naturaleza última y suprema de la norma básica. Y es que, precisamente por la validez que gracias a su eficacia le resulta conferida, puede entonces —y sólo entonces— decirse que la norma fundamental ya se encuentra *presupuesta* y que constituye el *fundamento y principio último de validez* (30). Pero este es un juicio de evidencia conceptual, que se establece como postulado.

El problema de todas formas tiene implicaciones porque —el mismo Kelsen lo admite— puede irse *más allá* de este postulado supremo. Pero, ahora, ya no en el sentido de explorar una fundamentación fáctica y sociologista de la que, ciertamente, carece en absoluto, sino en la dirección precisamente inversa: ¿no podría suceder entonces que la norma básica de Kelsen supusiera en realidad una proposición de derecho natural?, ¿que se trata, en suma, de una simple teoría ius-naturalista hábilmente disfrazada? “Ciertamente —afirma Kelsen— se puede preguntar por qué debemos respetar la primera Constitución como norma obligatoria. La respuesta puede ser que los padres de la primera Constitución recibieron de Dios el poder de establecer tal norma” (31). Kelsen, por supuesto, se apresura a decir en forma inmediata que el positivismo jurídico prescinde de cualquier justificación religiosa y por ello, aunque esta sea la explicación que la mayoría de la gente encuentre como evidente o lógica para la existencia de norma semejante, la misma, simple y llanamente, no es tomada en cuenta. De hecho, al positivismo instaurador de la norma básica no le interesa el problema: la norma se presupone válida, ella existe realmente en la *conciencia jurídica* y esto deriva de “un simple análisis de los juicios auténticamente jurídicos” (32).

(30) Kelsen se refiere con variada terminología a esta norma diciendo que ella “es la suprema razón de validez” (p. 146); “existe en la conciencia jurídica” (p. 137); “se dice que es válida” (p. 137); “se presupone” (p. 136), en *La Teoría General del Derecho y del Estado*. También en *La Teoría Pura del Derecho* alude a ella afirmando que “tiene el carácter de pura institución normativa” (p. 119); “es el fundamento hipotético” (p. 99); es “significación normativa” (p. 99); es “la regla hipotética fundamental” (p. 109), etc. etc. Hart aprovecha tan diversas denominaciones y calificativos para patentizar su carácter “confuso” y “oscuro” (*El Concepto de Derecho*, p. 311). LATORRE (op. cit., p. 144) formula una crítica análoga, y LARENZ (op. cit., p. 47), cita la opinión de LENNIGER, que constata no menos de 18 significados diferentes del *deber ser* en Kelsen.

(31) *Teoría General...*, p. 136.

(32) KELSEN, *Teoría General...*, p. 137. Hay más sobre esta salida teórica de Kelsen en ESQUIVEL PEREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, U.N.A.M., México 1980, pp. 77 y ss. Pero quien trata con suprema maestría el problema es GARCIA MAYNEZ, Eduardo, en *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho*, Ensayos Filosófico-Jurídicos, Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., México 1959, pp. 23 y ss., quien argumenta que “la ingeniosa doctrina de Kelsen desplaza simplemente el problema de la validez del Derecho... No queda otro remedio que suponer su validez, como lo hace el profesor austriaco. Por ello equivale a renunciar a la solución del problema”. Por otra parte, el que la norma derive su existencia de lo que Kelsen llama



Soluciones de este tipo, claro, no conforman ni satisfacen a autores evidentemente influidos por la corriente iusnaturalista. D'Entreves, por ejemplo, sostiene que hay un momento en que la norma básica, o se convierte en un hecho (derivación que ya hemos analizado) o requiere a su vez de otra hipótesis, hipótesis que únicamente puede ser una proposición de derecho natural (33). Así, "el reconocimiento de que el supuesto último de validez de la ley consiste en algo que está más allá de la ley misma, no es sino una proposición de derecho natural" (34).

La controversia en el plano del Derecho Internacional

Como Kelsen, Hart también enfrenta el análisis del Derecho Internacional preguntándose, ante todo, si realmente constituye un sistema de derecho. Se recordará que Kelsen (35) plantea el mismo dilema partiendo de su consideración como un orden jurídico primitivo dividido en *comunidades parciales* para llegar a establecer, como norma básica y fundamental del sistema, a la "norma que instaure como situación fáctica jurídico-productora, la costumbre constituída por la conducta recíproca de los Estados", o sea, el principio jurídico *pacta sunt servanda* (36).

"conciencia jurídica" que resulta "de un simple análisis de los juicios auténticamente jurídicos", da pie a García Máynez para formular una crítica aún más demoledora: si la norma fundamental es una hipótesis, desde el punto de vista estrictamente científico debe estar confirmada por la realidad para ser válida. Como una regla semejante no puede ser comprobada o destruida por la experiencia, dada su peculiar naturaleza normativa, resulta de todo ello que la hipótesis jurídica de Kelsen no es, en puridad, una hipótesis científica (p. 24). C.J. FRIEDRICH (*La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 249-252) se pronuncia en un sentido análogo sosteniendo que la norma básica constituye "un absoluto axiomático" que no resuelve el problema, sino que, por el contrario, lo vuelve tautológico. Pero, por su lado, Kelsen contraataca afirmando que precisamente a partir de la norma básica y de su función unificadora para el establecimiento de la validez del sistema, sólo uno de los órdenes jurídicos (derecho positivo y derecho natural) puede ser válido. Descarta, claro, al derecho natural, para otorgar la primacía al positivo. Al respecto, cfr. *La Idea del Derecho Natural*, Editora Nacional, México 1979. EBENSTEIN, William, *La Teoría Pura del Derecho*, Editora Nacional, México 1974, pp. 123 y ss., sigue el aserto razonando que no puede aceptarse "un derecho natural y positivo para el mismo campo de validez". El propio García Máynez, desde un punto de vista lógico, se refiere a esta situación como "el principio jurídico de razón suficiente" y de unidad consecuente del mismo. Véase *El Derecho Natural y el principio jurídico de razón suficiente*, en "Ensayos Filosóficos-Jurídicos", cit., pp. 369-378.

(33) D'ENTREVES, A.P., *Derecho Natural*, Ed. Aguilar, Madrid 1972, p. 141.

(34) Loc. cit.

(35) *La Teoría Pura del Derecho*, pp. 170 y ss.; *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 390, 404 y 406; *Compendio de Teoría General del Estado* (Editora Nacional, México 1980), pp. 187 y 188, y *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, Editora Nacional, México 1980, pp. 51, 57 y 72-79.

(36) Puede encontrarse un buen análisis de la validez de la norma básica en el plano del Derecho Internacional en HUGHES, Graham, *Validity and the Basic Norm*, en "Essays in



Aunque Hart también inicia el esquema de su análisis estableciendo la semejanza del Derecho Internacional con un “régimen simple de derecho consuetudinario primitivo”, no se preocupa por el establecimiento de la regla de reconocimiento a la manera de la norma básica del profesor vienés. Por el contrario, se inclina precisamente por la ausencia de una regla semejante en la consideración de que el sistema de Derecho internacional consiste simplemente en un conjunto de reglas primarias que no logran aún el vínculo de unión que la norma suprema o la regla de reconocimiento sí otorgan en un sistema avanzado de derecho. Afirma el profesor inglés que la mera existencia de reglas de carácter consuetudinario no implica en forma forzosa la existencia de tal regla básica. Como es obvio, la premisa conduce a situar el derecho internacional en un esquema de reglas primarias y, por tanto, con todas las deficiencias que una estructura semejante —prejurídica— mantiene según el esquema hartiano. Se trata, en suma, de una forma simple de vida comunitaria.

La crítica, por cierto, es lapidaria, porque Hart impugna el hecho de que Kelsen y sus seguidores se esfuerzan en tratar como una regla fundamental o básica a algo que no es sino “repetición vacía del mero hecho de que la sociedad en cuestión (de individuos o de estados) observa ciertas pautas o criterios de conducta como reglas obligatorias” (37). No obstante, Hart deja la puerta abierta al pensar que en el futuro podría quizá implementarse una regla de reconocimiento de derecho internacional basada en los tratados multilaterales y acepta incluso que probablemente se encuentre en una etapa de transición que eventualmente le pueda conducir a dicha meta.

CONCLUSIONES

1. Concibiendo al Derecho como *un sistema de normas* que aglutina reglas de carácter primario y reglas de carácter secundario, H.L.A. Hart destaca la preeminencia de una *regla de reconocimiento (rule of recognition)* que suministra el criterio para decidir la validez de otras reglas del sistema.

2. Por su parte, Hans Kelsen configura la teoría general del Derecho a partir de una estructura escalonada de normas cuyo principio último de validez descansa en una hipótesis fundamental o *norma básica suprema (Grundnorm)*.

3. La noción de *regla de reconocimiento* en Hart y el concepto de

Honour of Hans Kelsen”, *The California Law Review*, University of California, Berkeley, 1971, pp. 695-714.

(37) Hart, *op. cit.*, p. 291.



norma básica en Kelsen pueden en principio equipararse recurriendo a su función similar en la determinación de la validez y legitimidad del sistema jurídico.

4. No obstante, un análisis más a fondo descubre ciertos factores que permiten evidenciar enfoques distintos en la determinación de los principios basilares de dichos conceptos.

5. Hart, por ejemplo, desdeña el análisis de la procedencia lógico-trascendental de una *regla de reconocimiento* que, si bien con la misma función que la *norma básica* de Kelsen, sustenta su origen en la *aceptación* fáctica y social del gobernado, mientras que el jurista vienesés se esfuerza con denuedo en situarla en un contexto de abstracción normativa que se aleja en forma ostensible del derecho positivo y que, incluso, no pertenece a él.

6. Lo cual, por otra parte, no impide a Kelsen aceptar *un cierto grado* de facticidad en el nacimiento de la *norma básica*, facticidad que vincula al concepto de *eficacia* del orden jurídico, pero sin llegar a constituir nunca la razón de su validez, sino una simple condición para su procedencia.

7. Las posiciones anteriores determinan en forma análoga el procedimiento metodológico empleado, que en estrecha consonancia con su tesis, Kelsen intenta reducir a aspectos puramente normativos, en tanto que Hart lo amplía a una perspectiva sociológica precisamente para sustentar en sus bases el fenómeno de la *aceptación* social de la *regla de reconocimiento*.

8. Por último, en un claro esfuerzo de decidir en sus raíces la controversia acerca del carácter del derecho internacional, Kelsen cree localizar la *norma básica* en el enunciado de la "costumbre constituida por la conducta recíproca de los Estados"; Hart, por el contrario, prefiere situar este derecho en un estado *prejurídico* en el que no cabe —por ahora— inquirir acerca de la existencia de una *regla de reconocimiento* que tiene cabida sólo en los sistemas avanzados del Derecho.

BIBLIOGRAFIA

1. ALADAR METALL, Rudolph, *Hans Kelsen, vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1976.
2. CALSAMIGLIA, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona 1978.
3. COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona 1976.
4. EBENSTEIN, William, *La Teoría Pura del Derecho*, Editora Nacional, México 1974.



5. ESQUIVEL PEREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1980.
6. FINCH, John, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Labor Universitaria, Manuales, Barcelona 1977.
7. FRIEDRICH, C.J., *La Filosofía del Derecho*, F.C.E., México 1978.
8. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho*, en "Ensayos Filosófico-Jurídicos", Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., México 1959.
9. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México 1980.
10. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México 1977.
11. HACKER, P.M.S., *Hart's Philosophy of Law*, en "Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart", Clarendon Press, Oxford 1977, pp. 1-25.
12. HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México 1980.
13. HART, H.L.A., *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Editorial Depalma, Buenos Aires 1962. En esta obra están incluídos los artículos *El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral*, *¿Hay derechos naturales?* y *Definición y teoría en la ciencia jurídica*.
14. HART, H.L.A., *Una visita a Kelsen*, en "Cuadernos de Crítica del Instituto de Investigaciones Filosóficas", U.N.A.M., México 1977.
15. HUGHES, Graham, *Validity and the Basic Norm*, en "Essays in Honour of Hans Kelsen", "The California Law Review", University of California", Berkeley 1971, pp. 695-714.
16. KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, Editora Nacional, México 1981.
17. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, U.N.A.M., México 1979.
18. KELSEN, Hans, *La Teoría pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica; Los juicios de valor en la ciencia del Derecho*, y *La idea del Derecho Natural*, todos comprendidos en un solo volumen bajo este último título, Editorial Losada, Buenos Aires 1946.
19. KELSEN, Hans, y COSSIO, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Teoría egológica y teoría pura del Derecho*, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires 1952.



20. KUNZ, Josef L., *La Teoría Pura del Derecho*, Editora Nacional, México 1974.
21. PINTORE, Anna, *Norme e Principi*, "Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto", Università di Milano, Dott. A. Giuffré Editore, Milano 1982.
22. SEGALA, Raymundo, *Algunas consideraciones sobre la teoría general 'analítica' del Derecho*, en "Revista de Derecho Privado", octubre de 1983, Madrid, pp. 926 a 932.